

الحراسة القضائية في نظام المرافعات الشرعية

دراسة قضائية شرعية

إعداد:

الشيخ/ خالد بن سعود بن عبدالله الرشود*

---

* القاضي بالمحكمة الإدارية بمنطقة الرياض.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم أما بعد: فإن الحراسة القضائية من الأعمال التي يلجأ إليها القاضي بطلب من الخصوم لأسباب أهمها سببان: الأول منهما وجود التنازع الناشئ عن الاختلاف في الحصص المشتركة، وذلك كإجراء احترازي لحماية المال من ضرر هذه المنازعة، والسبب الثاني هو الحد من الخسائر الناتجة عن استمرار الوضع على ما هو عليه بالنسبة للمال المطلوب وضع الحراسة عليه، وقد يعتري طلبَ الحراسة أسبابٌ أخرى لا مجال للتفصيل فيها وذلك لأنها تختلف من قضية لأخرى.

والحراسة من الأعمال القضائية المهمة والتي تحتاج إلى جانب من التأصيل والإيضاح وخاصة مع تداعي الحاجة إليها في عصرنا الحاضر وذلك لكثرة المنازعات التي تتطلب طابع العجلة في اتخاذ القرار فيها، والتأخير قد يفضي إلى تفاقم الوضع الخطر على حقوق المتخاصمينِ كليهما أو أحدهما، لذا قد يلجأ القاضي أحياناً إلى الحراسة حلاً لهذه المشكلة، والحراسة القضائية كأي عمل بشري، لها عيوب ومزايا، وقد يقع في التطبيق أخطاء ينتج عنها أضرار أخرى لم تكن في الحسبان، لكن الذي جرى عليه العمل أن اتباع التنظيمات المختصة بدعوى الحراسة يحد من هذه الإشكالات التي قد تنشأ نتيجة عنها، والنظام

المختص في هذه الحالة هو نظام المرافعات الشرعية، الذي عالج مسألة الحراسة القضائية بطريق مقتضبة نوعاً ما، ولكنه يساعد في ضبط إجراءات الحراسة القضائية، ومن هنا أتت أهمية البحث من ناحية تأصيل مبدأ الحراسة القضائية فقهياً، ومن ناحية أخرى التعرف على الإجراءات التي حددها نظام المرافعات الشرعية في دعوى طلب الحراسة القضائية، وقد بذلت الجهد في اختصار الموضوع، تسهيلاً على القارئ وتقريباً للمستفيد وإبعاداً للإملال، راجياً من الله تعالى العون والتوفيق.

التمهيد: تعريف الحراسة القضائية

المبحث الأول
تعريف الحراسة القضائية باعتبار جزئيها

١ - الحراسة لغة: من: حَرَسَ الشيءَ يَحْرُسُه ويَحْرِسُه حَرْساً: حفظه، واحْتَرَس منه: تَحَرَّزَ، وتَحَرَّسْتُ من فلان واحْتَرسْتُ منه أي تحفظت منه وفي المثل: مُحْتَرِسٌ من مثله وهو حارِسٌ، يقال ذلك للرجل الذي يُؤْتَمنُ على حفظ شيء لا يؤمن أن يخون فيه(١).

وحَرَسَهُ أي حفظه وبابه كتب، وتَحَرَّسَ من فلان واحتَرَس منه بمعنى أي تحفظ منه والحَرَسُ بفتحتين حرس السلطان وهم الحُرَّاسُ الواحد حَرَسِيٌّ لأنه صار اسم جنس فنسب إليه ولا تقل حَارِسٌ إلا أن تذهب به إلى معنى الحراسة دون الجنس(٢)، فالحراسة متضمنة

(١) لسان العرب ٦/٤٨.
(٢) مختار الصحاح ١/٥٥.

لمعنى الحفظ للشيء والقيام عليه بما يصلحه لأن ذلك داخل في الحفظ، وبناء عليه فالحفظ يكون بشيئين الأول: الحفظ من المفسدات الخارجية وهو بمعنى الحماية، والثاني: الحفظ من المفسدات الداخلية وهو بمعنى الرعاية، وهي القيام بما يصلح الشيء ويضمن استمراريته.

٢ - القضائية أي التي مصدرها القضاء بمعنى أن هذه الحراسة منسوبة إلى القضاء، فالقضاء هو الذي وضع هذا الحارس، وفائدة هذا القيد هو التمييز بينها وبين الحراسة الرضائية (الاتفاقية) وهي التي تنشأ باتفاق ذوي الشأن على إقامة حارس لحفظ المال الذي يخشى عليه الهلاك وبين الحراسة القانونية وهي التي تنشأ نتيجة قانون خاص يحكمها.

المبحث الثاني
تعريف الحراسة القضائية باعتبار لفظها المركب

عرف القانون المدني اللبناني الحراسة: بأنها «إيداع شيء متنازع عليه بين يدي شخص ثالث، ويجوز أن يكون موضوع الحراسة أموالاً منقولة أو ثابتة» (٣).

ويلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

١ - أنه لم يبين من المودِع -بكسر الدال- وهو من قام بالإيداع هل هو الخصوم أو القضاء، ولأن القانون اللبناني قصد تعريف الحراسة عموماً سواء أكانت رضائية أم قضائية، ولكن موضوع هذا البحث هو الحراسة القضائية لذا تم ملاحظة ذلك على هذا التعريف.

---

(٣) المادة ٧١٩ من القانون المدني اللبناني.

٢ - قوله «شيء» يدخل فيه كل ما يطلق عليه شيء سواء أكان مالاً أم غير مال مع أن الحراسة لا تصح إلا في الأموال فقط.

٣ - أنه لم يبين صفة الشخص المودع عنده مع أن لفظة «إيداع» توحي بكونها مثل الوديعة لدى المودع عنده والوديعة تكون عند أمين ولكن هذا لا يدل عليه المنطوق، والتعاريف لا بد فيها من الوضوح وأن تكون جامعة مانعة، وعرفها القانون المدني المصري في المادة ٧٢٩ بأنها: عقد يعهد الطرفان بمقتضاه إلى شخص آخر بمنقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم في شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت، فيتكفل هذا الشخص بحفظه وبإدارته وبرده مع غلته المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه». ويلاحظ على هذا التعريف أنه يقتصر على الحراسة الرضائية، ولا يدخل فيه الحراسة القضائية التي يصدر الأمر بها من القضاء.

كما عرفتها اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية بتعريف أقرب من هذا التعريف فنصت المادة ٢٣٩/ ١ على أن الحراسة هي: وضع الأموال المتنازع عليها تحت يد أمين يعينه القاضي إن لم يتفق على تعيينه ذوو الشأن. ا. هـ ويلاحظ على هذا التعريف:

١ - أنه لم يوضح أن الحارس القضائي نائب عن القضاء في عمله، ولفظ (تعيين) لا يلزم أن يكون نائباً عن القضاء في ذلك، فمدلول النيابة يختلف عن مدلول التعيين.

٢ - أن عمل الحراسة ليس فقط وضع الأمين يده على المال الذي يراد حراسته، بل لا بد من التنصيص على الحفظ، ويكون هذا الحفظ على وجه الحماية من الضرر الخارجي كما يكون برعاية المال وصونه من التلف الداخلي الناتج عن الإهمال، وهذا -الحفظ بمعنييه- داخل في تنميته وضمان حسن سير عمله- إن كان شركة أو مؤسسة تجارية- أو

سير العمل فيه إن كان غير ذلك، وهذا قدر زائد على مجرد وضع اليد، وهذا المعنى أشار إليه النظام كما سيأتي.

٣ - أنه ذكر أحد أسباب وضع الحراسة وهو وجود التنازع على المال في حين أنه يجوز وضع الحراسة عند الخوف من وقوع التنازع وهو الذي يفهم من مواد النظام كما سيأتي بيانه.

ويمكن تعريفها اصطلاحاً: بأنها إنابة القضاء أميناً يتولى حفظ مال متنازع عليه أو يُخاف التنازع فيه على وجه الحماية والرعاية.

شرح التعريف وبيان محترزاته:

إنابة: وذلك لبيان أن سلطة الحارس فرع عن سلطة أخرى وليست مستقلة فهي في الحقيقة وكالة تتحدد بما يرد فيها ولا يجوز له التجاوز والزيادة على ما أنيب فيه، ويترتب على هذا أمور: الأول: محاسبة الحارس في حدود صلاحياته التي أنيب فيها من جهتين: الأولى: عدم تجاوز هذه الصلاحيات. والثانية: القيام بهذه الصلاحيات كما يجب وعدم الإخلال فيها. الثاني: أن على المنيب تحديد صلاحيات النائب بالتعميم أو التخصيص، ولا يجوز الإطلاق، لأنه نوع من التجهيل، مثال التعميم: أن يقال للحارس أن يقوم بجميع الأعمال المختصة بتسيير عمل الشركة ريثما يبت في شأن الحصص المتنازع عليها، ومثال التخصيص: أن يقال تتمة للمثال السابق: عدا إنشاء عقود جديدة ترتب التزامات على الشركة، ومثال الإطلاق كالقول: يعين فلان حارساً قضائياً على الشركة الفلانية. الثالث: في صفة الحارس القضائي والشروط الواجب توافرها فيه فإن مقتضى كونه نائباً عن القضاء يترتب عليه شروط معينة كالأمانة والخبرة والعدالة.

ويدخل في هذا اللفظ أنواع الحراسة السابق ذكرها وهي:

١ - الحراسة الرضائية التي الإنابة فيها من سلطة أصحاب المال لأن لصاحب المال - بناء على ملكيته له- سلطة عليه، وبالتالي فله الحق أن ينيب فيها من يشاء، وسميت رضائية لأنها تكون من الملاك بالتراضي فيما بينهم.

٢ - الحراسة القانونية وهي التي تكون الإنابة من الجهة التي قامت بإقرار هذا القانون وإصداره وذلك يختلف حسب الدول والبلدان وهي في المملكة يعتبر مجلس الوزراء هو المختص بذلك والقانون المختص هو صيغة هذه الإنابة.

٣ - الحراسة القضائية وهي التي تكون الإنابة فيها من الجهة القضائية التي لها الولاية في الفصل في المنازعات بين الناس بموجب الولاية العامة التي أنابت القضاء في الفصل بين الناس والحكم بينهم فيما اختلفوا فيه، وبالتالي فسلطة القضاء سلطة عامة في كل ما من شأنه حفظ الحقوق.

القضاء: وذلك لإخراج الحراسة الرضائية والقانونية.

أميناً: وهو الحارس القضائي الذي يشترط فيه الأمانة، وذكرتُ صفة الحارس في التعريف، وذلك لأن الحراسة القضائية هي أساساً عمل والعمل لا بد له من عامل، كما أن مرتكز الحراسة القضائية هو على من يقوم بها فلا يصح أن يخلو التعريف من التطرق له، كما أن لفظ الأمين ترتب عليه عدم محاسبته على الخسارة أو الضياع أو الهلاك إلا بالتعدي أو التفريط.

يتولى: وذلك كما قلنا إن الحراسة في الواقع إنابة وتولية من القضاء للحارس، فبناء عليه لا يحق للحارس تجاوز صلاحياته الممنوحة له ممن ولاه، ولا يعد هذا تكراراً لما دل

عليه لفظ (إنابة) وذلك لأن لفظ (إنابة) هو باعتبار الجهة المنيبة ولفظ التولية باعتبار الجهة المستنابة فافترقا لذلك.

حفظ مال متنازع عليه أو يخاف وقوع التنازع فيه: وهذا هو صلب الحراسة وهو الحفظ، وذكر في التعريف ما يصح أن تقع عليه الحراسة وهو المال لإخراج ما ليس بمال فلا يجوز فرض الحراسة عليه- بخلاف السجن ونحوه للأشخاص فليس المعنى بموضوعنا هذا-، كما ذكر فيه أسباب فرض الحراسة القضائية وهو وجود التنازع أو وجود الخوف من التنازع نتيجة استيلاء أحد الأطراف على المال أو أن هناك تصرفاً مطلقاً قد يؤدي إلى وقوع ضرر على المال المشترك كما سيأتي إيضاحه إن شاء الله.

على وجه الحماية والرعاية: أي على وجه الحماية من الضرر الخارجي فيمنع التسلط على هذا المال بالإفساد أو الإيذاء أو الانتقاص، ويكون برعاية المال وصونه من التلف الداخلي الناتج عن الإهمال، والمعنى العام لهذا القيد هو تنميته - المال موضع الحراسة- وضمان حسن سير عمله- إن كان شركة أو مؤسسة تجارية- أو سير العمل فيه إن كان غير ذلك.

فأما لفظ (الحماية) فلا إشكال فيه، لكونه المعنى الظاهر للفظ الحراسة والمدلول المباشر له، وأما لفظ الرعاية فهو مقيس على قول عمر رضي الله عنه مخاطباً أولياء الأيتام: «اتجروا في أموال اليتامى، لا تأكلها الصدقة»(٤) والحراسة مثل الولاية على مال اليتيم في الحفظ كما سيأتي بيانه، وقد أشارت المادة ٢٣٩ من النظام إلى هذا المعنى -الحماية والرعاية-فنصت على أن الحارس يتكفل بحفظ المال وبإدارته. ا. هـ فالحفظ يمثل الحماية، والإدارة تمثل الرعاية.

---

(٤)رواه مالك في الموطأ ٥٨٨، والشافعي في مسنده ٧٦٠، والبيهقي في الكبرى ٧٣٦٤، وصحح إسناده.

الفصل الأول
مشروعية الحراسة القضائية

والمقصود بهذا الفصلِ بيانُ الأصل الشرعي للحراسة القضائية:

المبحث الأول
أنَّ حفظ المال من المقاصد الضرورية للشرع المطهر

اتفقت جميع الملل على حفظ المقاصد الضرورية الخمس(٥) وهي النفس والدين والعقل والعرض أو النسب والمال وما يهمنا منها في موضوعنا هو المال، قال الشاطبي رحمه الله: اتفقت الأمة، بل سائر الملل على أن الشريعة وضعت للمحافظة على الضروريات الخمس وهي الدين والنفس والنسل والمال والعقل وعلمها عند الأمة كالضروري ولم يثبت لنا ذلك بدليل معين ولا شهد لنا أصل معين يمتاز برجوعها إليه بل علمت ملاءمتها للشريعة بمجموع أدلة لا تنحصر في باب واحد ولو استندت إلى شيء معين لوجب عادة تعيينه وأن يرجع أهل الإجماع إليه وليس كذلك لأن كل واحد منها بإفراده ظني، ولأنه كما لا يتعين في التواتر المعنوي أو غيره أن يكون المفيد للعلم خبر واحد دون سائر الأخبار كذلك لا يتعين هنا لاستواء جميع الأدلة في إفادة الظن على فرض الانفراد وإن كان الظن يختلف باختلاف أحوال الناقلين وأحوال دلالات المنقولات وأحوال الناظرين في قوة الإدراك وضعفه وكثرة البحث وقلته(٦) والحراسة القضائية

(٥) الإبهاج شرح المنهاج ٣/٥٥ والموافقات ١/٣٨.
(٦) الموافقات ١/٣٨.

داخلة في حفظ المال من الهلاك أو الضياع أو النقص أو الاعتداء عليه بالانتهاب ونحوه، وعلى هذا فمشروعية الحراسة القضائية داخلة في هذا الأصل -المشار إليه- من الضروريات الخمس، وتوضيحه: أن الشريعة جاءت بحفظ المال قاعدة كليةً يدخل فيها كل ما انتظم فيه الحفاظ على أموال الناس، وإقامتها، ولأن الحراسة القضائية هي في الأصل لحفظ المال، فعلى هذا تكون الحراسة القضائية إحدى جزئيات القاعدة الكلية، وهي حفظ المال، وبالتالي فثبوت القاعدة الكلية كاملة يضمن ثبوت جزئياتها بالتبع، ولهذا تقرر أن تكون القاعدة الكلية: حفظ المال، دليلاً على مشروعية الحراسة القضائية.

المبحث الثاني
القواعد الفقهية التي تدخل فيها الحراسة القضائية

المطلب الأول: قاعدة لا ضرر ولا ضرار «الضرر يزال»:

لأن الضرر ظلم وغدر والواجب عدم ايقاعه، وإقرار الظالم على ظلمه حرام وممنوع أيضاً فيجب إزالته(٧) وقاعدة «لا ضرر ولا ضرار» هي من قوله ﷺ(٨) وفسره في (المغرب) بأنه: «لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء»(٩) وقد دل الحديث على تحريم الضرر لأنه إذا نفى ذاته دل على النهي عنه لأن النهي لطلب الكف عن الفعل، وهو يلزم منه عدم ذات الفعل فاستعمل اللازم في الملزوم، وتحريم الضرر معلوم عقلاً وشرعاً إلا ما دل الشرع على

(٧) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/ ٣٧.
(٨) وروي موقوفاً على ابن عباس والمرفوع أحسن أحواله الحسن، انظر: تخريج الحديث في نصب الراية ٤/ ٣٨٤ - ٣٨٦، والدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢/ ٢٨٢.
(٩) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر ١/ ٢٧٤.

إباحته رعاية للمصلحة التي تربو على المفسدة(١٠) وقال الأتاسي نقلاً عن الغزالي: «إن الشرع إنما جاء ليحفظ على الناس دينهم وأنفسهم وعقولهم وأنسابهم وأموالهم، فكل ما يكون بعكس هذا فهو مضرة يجب إزالتها ما أمكن»(١١) والحديث أعم من قاعدة (الضرر يزال) ودخول الحراسة فيها أسلم وأشمل لأن نفي الضرر مطلقاً سواء أكان قبل الوقوع أم بعده أولى من نفيه بعد وقوعه فقط وهو ما يفهم من معنى قاعدة «الضرر يزال». والحراسة كما مرّ معنا هي حفظ المال من الضرر القائم أو المحتمل الوجود، وبناء على هذا فالقاعدة النبوية دلت على أن الشريعة جاءت برفع الضرر القائم أو دفعه قبل وقوعه، والحراسة إنما قررت لأجل دفع الضرر الواقع أو المتوقع حدوثه وبالتالي فهي تنضوي تحت هذه القاعدة.

المطلب الثاني: درء المفاسد مقدم على جلب المصالح:

إذا تعارضت مفسدة ومصلحة، قدم دفع المفسدة غالباً، لأن اعتناء الشارع بترك المنهيات أشد من اعتنائه بفعل المأمورات، ولذلك قال ﷺ: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه» رواه مسلم، ومن ثم سومح في ترك بعض الواجبات بأدنى مشقة كالقيام في الصلاة، والفطر في السفر، والطهارة، ولم يسامح في الإقدام على المنهيات وخصوصاً الكبائر(١٢). ومعنى القاعدة أي: إذا تعارضت مفسدة ومصلحة يقدم دفع المفسدة على جلب المصلحة، فإذا أراد شخص مباشرة عمل ينتج منفعة له، ولكنه من الجهة الأخرى يستلزم ضرراً مساوياً لتلك المنفعة أو أكبر منها يلحق بالآخرين، فيجب أن يقلع عن إجراء ذلك العمل درءاً للمفسدة المقدم دفعها على جلب المنفعة، لأن

(١٠) سبل السلام ٢/ ١٢٢.
(١١) الموسوعة الفقهية ٢٨/ ١٨١.
(١٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ٨٧.

الشرع اعتنى بالمنهيات أكثر من اعتنائه بالمأمور بها(١٣).

وقال ابن النجار: «ومن أدلة الفقه أيضاً: قول الفقهاء درء المفاسد أولى من جلب المصالح، ودفع أعلاها أي أعلى المفاسد بأدناها يعني أن الأمر إذا دار بين درء مفسدة وجلب مصلحة كان درء المفسدة أولى من جلب المصلحة، وإذا دار الأمر أيضاً بين درء إحدى مفسدتين، وكانت إحداهما أكثر فساداً من الأخرى، فدرء العليا منهما أولى من درء غيرها، وهذا واضح يقبله كل عاقل، واتفق عليه أولو العلم»(١٤)، وقال العز بن عبدالسلام رحمه الله: «والشريعة كلها مصالح، إما تدرأ مفاسد أو تجلب مصالح، فإذا سمعت الله يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا﴾ فتأمل وصيته بعد ندائه، فلا تجد إلا خيراً يحثك عليه أو شراً يزجرك عنه، أو جمعاً بين الحث والزجر، وقد أبان في كتابه ما في بعض الأحكام من المفاسد حثاً على اجتناب المفاسد وما في بعض الأحكام من المصالح حثاً على إتيان المصالح» (١٥)، وبناء على ذلك فإن الحراسة القضائية هي عبارة عن دفع مفسدة متحققة أو يخشى من وقوعها وبالتالي فهي داخلة في هذه القاعدة.

المبحث الثالث
القياس على ولي اليتيم وناظر الوقف

المطلب الأول: ولي اليتيم تعريفه والقياس عليه:

تعريف ولي اليتيم: ورد عن أم المؤمنين عائشة في قوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ

(١٣) درر الحكام ١/ ٤١.
(١٤) شرح الكوكب المنير لابن النجار، ص٥٩٩.
(١٥) القواعد ١/ ١٠ - ١١.

بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٦] قالت: «نزلت في ولي اليتيم الذي يقوم عليه -أي على ماله- ويصلحه إذا كان محتاجاً جاز أن يأكل منه» وفي رواية: بقدر ماله بالمعروف»(١٦). فولي اليتيم يقوم بحفظ مال اليتيم حتى يكبر ويبلغ سن الرشد فيستطيع التصرف في المال بما لا يضره، فولي اليتيم يقوم بمقتضى قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ الآية «بحفظ المال حتى إذا كبر اليتيم وصار في سن النكاح وآنس منه القدرة على صيانة ماله وحفظه من الضياع أو الهلاك دفع إليه ماله، وقال المطرزي: «وولي اليتيم، أو ولي القتيل ووالي البلد، أي: مالك أمرها ومصدرها الولاية بالكسر والولاية بالفتح النصرة والمحبة»(١٧)، وقال الرحيباني: «الولي: ضد العدو، من تليت الشيء: إذا اعتنيت به، ونظرت إليه، كما ينظر الولي في مال اليتيم، لأن الله تعالى ينظر في أمر وليه بالعناية»(١٨). والشاهد من ذلك أن ولي اليتيم يتولى في الواقع حراسة مال اليتيم لأنه مال معرض للهلاك ويلزم حفظه، والحراسة القضائية من هذا القبيل، وذلك لأن المال مخوف عليه من الضياع أو الهلاك أو الاستيلاء عليه بالباطل وبالتالي فهو مشابه لمال اليتيم الذي تحت يد الولي، لذلك من العلماء من قاس القاضي على ولي اليتيم في جواز الأخذ على القضاء بقدر عمله، قال ابن قدامة: «قال أحمد: ما يعجبني أن يأخذ على القضاء أجراً وإن كان فبقدر شغله مثل ولي اليتيم»(١٩)، وعلى هذا فولي اليتيم أصل يصح القياس عليه والفرع هنا هو الحارس القضائي والعلة الجامعة أن كلا منهما يتولى حفظ مال غيره والقيام بما يصلحه أثناء توليه ذلك، وعلى هذا يكون نص دليل القياس في هذا أن يقال: الحارس القضائي أمين يتولى

(١٦) تفسير القرطبي ٥/ ٤١ والأثر رواه مسلم برقم ٣٠١٩.
(١٧) المغرب، ص ٤٩٦.
(١٨) مطالب أولي النهى ١/ ٥٥٧.
(١٩) الكافي ٤/ ٤٣٣.

حفظ مال غيره حماية ورعاية فصح تعيينه قياساً على ولي اليتيم.

المطلب الثاني: ناظر الوقف تعريفه والقياس عليه:

تعريف ناظر الوقف: لمعرفة ناظر الوقف لا بد من معرفة ماهية الوقف حتى يتسنى معرفة طبيعة عمل الناظر عليه.

الوقف: هو تحبيس مالك بنفسه أو وكيله -مطلق التصرف- وهو المكلف الحر الرشيد مالهَ المنتفعَ به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته أي المال، قال الحارثي: معنى تحبيس الأصل: إمساك الذات عن أسباب التملكات مع قطع ملكه فيها ويصرف ريعه - أي المال- إلى جهة بر. هذا معنى قولهم «وتسبيل المنفعة» أي إطلاق فوائد العين الموقوفة من غلة وثمرة وغيرها للجهة المعينة(٢٠)، ووظيفة الناظر حفظ الوقف وعمارته وإيجاره وزرعه والمخاصمة فيه وتحصيل ريعه من أجرة أو زرع أو ثمر والاجتهاد في تنميته وصرفه في جهاته من عمارة وإصلاح وإعطاء مستحق(٢١) لأن الناظر هو الذي يلي الوقف وحفظه وحفظ ريعه وتنفيذ شرط واقفه وطلب الحظ فيه مطلوب شرعاً(٢٢)، وقال أحمد الهيتمي: وظيفة ناظر الوقف عند الإطلاق حفظ الأصول، والغلات على الاحتياط(٢٣). وعند الأحناف والمالكية يسمون ناظر الوقف القيم أو المتولي وقد يجعلون القيم فرعاً عن المتولي أي إن القيم أخص ببعض أجزاء الأشياء الموقوفة والمتولي يعمها بالنظر ومن عملهما أن يتحريا في تصرفاتهما النظر للوقف والغبطة(٢٤)، ومعنى النظر:

(٢٠) كشاف القناع ٤/ ٢٤٠ - ٢٤١.
(٢١) المرجع السابق ٤/٢٦٨ وانظر: المغني ٥/٣٧٨.
(٢٢) المرجع السابق ٤/ ٢٦٩.
(٢٣) تحفة المحتاج ٦/٢٨٨.
(٢٤) تبيين الحقائق ٥/ ٢٥٤ حاشية ابن عابدين ٤/ ٣٥٤، مواهب الجليل ٦/ ٤٠ والشرح الصغير مع حاشية الصاوي عليه ٤/ ١٢٤.

نظر مصلحة الوقف والحفاظ عليه، وعموماً فالمتولي والناظر والقيم ونحوهم إنما جعل لهم الولاية على الوقف لأجل القيام عليه بما يصلحه وحفظه حماية ورعاية، ويرجع في هذا المعنى إلى كتاب الوقف في أمهات كتب المذاهب الأربعة ولا يمكن حصر أقوالهم في ذلك لتعددها وتفرقها.

فالمقصود أن ناظر الوقف شخص يقوم بحفظ الوقف حماية ورعاية والوقف هو مال والأصل في النظارة على الوقف ما جاء عن ابن عمر رضي الله عنهما: «أن عمر تصدق بمال له على عهد رسول الله ﷺ يقال له ثمغ وكان نخلاً فقال عمر: يا رسول الله، إني استفدت مالاً وهو عندي نفيس فأردت أن أتصدق به فقال النبي ﷺ تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن ينفق ثمره. فتصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب والمساكين والضيف وابن السبيل ولذي القربى، ولا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف أو يؤكل صديقه غير متمول به» (٢٥)، وأصبحت النظارة فيه إلى حفصة رضي الله عنها لما روى أبو داود بسنده عن يحيى بن سعيد عن صدقة عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: نسخها لي عبدالحميد بن عبدالله بن عمر بن الخطاب: «بسم الله الرحمن الرحيم ثم هذا ما كتب عبدالله عمر في ثمغ فقص من خبره نحو حديث نافع عن ابن عمر أعلاه.. غير متأثل مالاً فما عفا عنه من ثمره فهو للسائل والمحروم قال: وساق القصة قال: وإن شاء وليّ ثمغ اشترى من ثمره رقيقاً لعمله».

وكتب معيقيب وشهد عبدالله بن الأرقم «بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما أوصى به عبدالله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث إن ثمغاً وصرمة بن الأكوع والعبد الذي فيه

(٢٥) رواه البخاري ٢٦١٣.

والمائة سهم التي بخيبر ورقيقه الذي فيه والمائة التي أطعمه محمد ﷺ بالوادي تليه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرأي من أهلها ألا يباع ولا يشترى ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم وذي القربى، ولا حرج على من وليه إن أكل أو آكل أو اشترى رقيقاً منه»(٢٦).

وبناء عليه يكون الحارس القضائي شبيهاً بناظر الوقف من جهة حفظه للمال والقيام عليه وحيث قلنا: إن الوقف لا يملكه الموقوف عليه، وكان الموقوف عليه ناظراً له أو لم يكن فإن الحفظ يكون لمال غيره، وعلى هذا يكون نص القياس أن يقال: إن الحارس القضائي يتولى حفظ مال غيره حماية ورعاية فصح تعيينه قياساً على ناظر الوقف.

المبحث الرابع
دخول الحارس القضائي في كونه أحد أمناء القاضي

إن من المتقرر شرعاً جواز اتخاذ القاضي الأمناء، وهذا مما لا أعلم خلافاً فيه بين أهل العلم من المذاهب الأربعة:

١ - عند الحنفية: قال ابن نجيم: «إذا باع أمين القاضي مال الصغير بأمر القاضي وقبض المشتري المبيع ولم يسلم الثمن حتى أمر القاضي الأمين أن يضمن الثمن عن المشتري فضمن صح ضمانه»، وقال أيضاً: «وفي الفتاوى توفي رجل عن غير وصي فقال القاضي لرجل: جعلتك وكيلاً في تركة فلان فهو وكيل في حفظ الأموال خاصة حتى يقول له: بع واشتر»(٢٧).

(٢٦) سنن أبي داود ج٣/١١٧، برقم ٢٨٧٩، وعبدالرزاق في المصنف ١٠/٣٧٦، والبيهقي في السنن الكبرى ١١٦٧٨.
(٢٧) البحر الرائق ٨/٥٢١ في الموضعين.

وقال في الدر المختار: «ولو كان ما يدعيه منقولاً في يد الخصم ذكر المدعي أنه في يده بغير حق لاحتمال كونه مرهوناً في يده أو محبوساً بالثمن في يده وطلب المدعي إحضاره إن أمكن فعلى الغريم إحضاره ليشار إليه في الدعوى والشهادة والاستحلاف وذكر المدعي قيمته إن تعذر إحضار العين بأن كان في نقلها مؤنة وإن قلّت وإن تعذر إحضارها مع بقائها كرحى وصبرة طعام وقطيع غنم بعث القاضي أمينه ليشار إليها» (٢٨).

٢ - المالكية: قال ابن فرحون: «فإن أقام المدعي شاهدين لا يعرفهما القاضي واحتاج إلى تزكيتهما وخيف فساد المدعى فيه أمر القاضي أميناً فباعه ووضع ثمنه على يدي عدل يأخذه من استحقه وقال أيضاً: التاسع (من أنواع الحبس): حبس المتداعى فيه وذلك إذا ادعى رجلان نكاح امرأة فإنها توقف على النكاح، ويضرب للمتداعيين أجل حتى يتبين وجه الحق في ذلك، وتكون المرأة عند امرأة صالحة إن أمكن وإلا فالحبس، انظر بسطها في أحكام ابن سهل في كتاب النكاح، وفي الجزء الثاني من ابن سهل في رجلين تداعيا مملوكاً وتعلقا به كل يدعي أنه مملوكه، فالذي يجب أن يوقف في الحبس، أو عند من يوثق به حتى يثبته أحدهما» (٢٩).

وقال الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير: «حاصل ما تقدم أن المشتري إذا ادعى أن العبد يبول في الفرش وأنكر البائع بوله فإنه يوضع عند أمين فإذا قال الأمين: إنه بال عندي حلف البائع أنه لم يحصل منه بول عنده ويمنع المشتري من رده لحمله على الحدوث فقول الأمين قد أضعف قول البائع أنه لا يبول في الفرش أصلاً» (٣٠)، وقال الصاوي

(٢٨) الدر المختار مع حاشيته لابن عابدين ٥/٥٤٤.
(٢٩) تبصرة الحكام ١/٢١٤، و٢/٣٢٢.
(٣٠) ٣/١٣٧.

في حاشيته على الشرح الصغير: «ولو اتفقا -الراهن والمرتهن- على وضعه -أي الرهن- عند أمين واختلفا في تعيينه نظر الحاكم في الأصلح منهما فيقدمه»(٣١).

الشافعية: قال الشافعي رحمه الله: «ولو مات رجل أو أفلس وعليه ألف درهم وترك داراً فبيعت بألف درهم فقبض أمين القاضي الألف فهلكت من يده واستحقت الدار فلا عهدة على الغريم الذي باعها له والعهدة على الميت المبيع عليه أو المفلس» (٣٢)، وقال زكريا الأنصاري: وإن قال -القاضي- المعزول للأمين «أعطيتك المال أيام قضائي لتحفظه لفلان، فقال الأمين: بل أعطيتنيه لأحفظه لفلان، فالقول قول المعزول»(٣٣).

٤ - الحنابلة: قال ابن قدامة: «فإن جعلا -أي الراهن والمرتهن- الرهن في يد عدلين، جاز، ولهما إمساكه، ولا يجوز لأحدهما الانفراد بحفظه.. إلى قوله: ولو أراد العدل رده عليهما، فله ذلك، وعليهما قبوله، وبهذا قال الشافعي، لأنه أمين متطوع بالحفظ، فلا يلزمه المقام عليه، فإن امتنعا، أجبرهما الحاكم، فإن تغيبا، نصب الحاكم أميناً يقبضه لهما» (٣٤). وقال البهوتي: «وإذا اختلف الوصيان وليسا مستقلين عند من يجعل المال منهما بأن طلب كل منهما أن يكون المال تحت يده أو تحت يد الآخر لم يجعل عند واحد منهما لعدم رضا الموصي بذلك، ولم يقسم المال بينهما لأن من لوازم الشركة في التصرف الشركة في الحفظ لأنه مما وصي به فلا يستقل ببعض الحفظ، كما لا يستقل ببعض التصرف، وجعل المال في مكان تحت أيديهما لكل واحد منهما عليه نحو قفل فإن تعذر ذلك ختما عليه ودفع إلى أمين القاضي، وإن كانا مستقلين احتمل ذلك واحتمل القسمة

---

(٣١) بلغة السالك لأقرب المسالك ٣/ ٣٢١.
(٣٢) الأم ٣/ ٢١٣.
(٣٣) أسنى المطالب ٤/ ٢٩٢.
(٣٤) المغني ٤/ ٢٣٠.

ذكره الحارثي» (٣٥).

إن مجموع هذه الأقوال عند المذاهب الفقهية الأربعة - على سبيل المثال لا الحصر- لتدل على تأصيل معنى اتخاذ القاضي أميناً يستحفظه ما يحتاج إليه في ذلك عند الخصومة، والحارس القضائي من هذا الباب، كما أن الحفظ ورعاية المال المتنازع عليه من المعاني التي يستلزمها عمل القاضي وفي مباشرة القاضي بذاته لهذه الأعمال استهلاك لجهد ووقت القاضي وشَغْل له عن صلب عمله وهو الفصل في الخصومات في أمر يمكن أن يقوم به معاون له عدل أمين.

الفصل الثاني
الحراسة القضائية في نظام المرافعات الشرعية

المبحث الأول
كيفية إقامة دعوى الحراسة القضائية

نصت المادة الثالثة والثلاثون بعد المائتين على ما يلي: «تحكم المحكمة المختصة بنظر الموضوع بصفة مؤقتة في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت والمتعلقة بالمنازعة نفسها، ولا يؤثر هذا الحكم على موضوع الدعوى سواء رفع طلب الحكم بالإجراء المؤقت مباشرة أو تبعاً للدعوى الأصلية» كما نصت المادة الرابعة والثلاثون بعد المائتين الفقرة هـ: على أن دعوى الحراسة من الدعاوى المستعجلة، كما نصت المادة التاسعة والثلاثون بعد المائتين على أن دعوى طلب الحراسة ترفع للمحكمة المختصة بنظر الموضوع في المنقول أو العقار الذي يقوم في شأنه

(٣٥) كشاف القناع ٤/٣٩٦.

نزاع ويكون الحق فيه غير ثابت، وللقاضي أن يأمر بالحراسة إذا كان صاحب المصلحة في المنقول أو العقار قد قدم من الأسباب المعقولة ما يخشي معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه، ويتكفل الحارس بحفظ المال وبإدارته، ويرده مع غلته المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه» وبناء عليه يمكن تلخيص إجراءات طلب دعوى الحراسة فيما يلي:

المطلب الأول: النظر في الاختصاص النوعي

وذلك بأن تقدم دعوى الحراسة على المحكمة المختصة بنظر الدعوى ثم يكون أول ما تنظر المحكمة فيه هو النظر في اختصاصها نوعياً بنظر هذه الدعوى، والاختصاص النوعي يكون بحسب التوزيع القضائي وتنويع الولاية القضائية، وعليه فإن الجهات القضائية في المملكة العربية السعودية والتي لها السلطة القضائية بفرض الحراسة يمكن حصرها في ثلاث جهات:

١ - المحكمة العامة: وهي المحكمة التي لها الولاية العامة إلا ما استثني من الولايات - بناء على أمر خاص بذلك، وبالتالي فهي الأصل في المحاكم، وغيرها استثناء وبناء على هذه القاعدة فكل ما اختلف في كونه من اختصاص المحكمة العامة أو اختصاص غيرها فإنه يرجع فيه إلى الأصل (المحكمة العامة) ولا تخرج عنها الولاية إلا بيقين بناء على القاعدة الشرعية «اليقين لا يزال بالشك» وقاعدة «الأصل بقاء ما كان على ما كان»، وهذا مبدأ مهم في تحديد الاختصاص النوعي.

وبناء عليه حددت المادة الثانية والثلاثون اختصاصات المحكمة العامة فنصت على أنه من غير إخلال بما يقضي به ديوان المظالم، تختص المحاكم العامة بجميع الدعاوى الخارجة عن اختصاص المحاكم الجزئية، ولها على وجه الخصوص النظر في الأمور الآتية:

أ - جميع الدعاوى العينية المتعلقة بالعقار.

ب - إصدار حجج الاستحكام، وإثبات الوقف، وسماع الإقرار به، وإثبات الزواج، والوصية، والطلاق، والخلع، والنسب، والوفاة، وحصر الورثة.

ج - إقامة الأوصياء، والأولياء، والنظار، والإذن لهم في التصرفات التي تستوجب إذن القاضي، وعزلهم عند الاقتضاء.

د - فرض النفقة وإسقاطها.

هـ - تزويج من لا ولي لها من النساء.

و - الحجر على السفهاء والمفلسين.

وهذا التخصيص لا يفيد إلغاء العموم الوارد في صدر المادة وإنما المقصود بالتنصيص على هذه الأمور بالذات سببان:

الأول: دفع ما قد يتوهم من دخولها -أي الدعاوى المنصوص عليها في هذه المادة- في اختصاصات محكمة أخرى. الثاني: التأكيد على اختصاص المحكمة العامة بهذه الأمور على وجه التحديد وهذا التأكيد لا يمنع من دخول الاختصاصات الأخرى المشمولة بلفظ «جميع الدعاوى» سوى ما استثني، حسب ما سيأتي بيانه.

ويدخل في اختصاص المحكمة العامة جميع الدعاوى والقضايا الداخلة في اختصاص المحكمة الجزئية في البلد الذي لا يوجد فيه محكمة جزئية، بناء على المادة الثالثة والثلاثين من النظام، وهذا يؤكد المبدأ المذكور بعاليه.

٢ - المحكمة الجزئية: حددت المادة الحادية والثلاثون [٣١] من نظام المرافعات اختصاصات المحكمة الجزئية فنصت على أنه: «من غير إخلال بما يقضي به نظام ديوان

المظالم، وبما للمحاكم العامة من اختصاص في نظر الدعوى العقارية، تختص المحاكم الجزئية بالحكم في الدعاوى الآتية:

أ - دعوى منع التعرض للحيازة ودعوى استردادها.

ب - الدعاوى التي لا تزيد قيمتها على عشرة آلاف ريال، وتحدد اللائحة التنفيذية كيفية تقدير قيمة الدعوى.

ج - الدعوى المتعلقة بعقد إيجار لا تزيد الأجرة فيه على ألف ريال في الشهر بشرط ألا تتضمن المطالبة بما يزيد على عشرة آلاف ريال.

د - الدعوى المتعلقة بعقد عمل لا تزيد الأجرة أو الراتب فيه على ألف ريال في الشهر بشرط ألا تتضمن المطالبة بما يزيد على عشرة آلاف ريال ويجوز عند الاقتضاء تعديل المبالغ المذكورة في الفقرات (ب، ج، د) من هذه المادة، وذلك بقرار من المجلس الأعلى للقضاء بهيئته العامة بناء على اقتراح من وزير العدل».

عرفت اللائحة التنفيذية للنظام دعوى منع التعرض للحيازة فنصت الفقرة ٣١/ ١ على أنه: يقصد بالحيازة في هذه المادة: ما تحت اليد من غير العقار الذي يتصرف فيه بالاستعمال بحكم الإجارة، أو العارية، أو يُتصرف فيه بالنقل من ملكه إلى ملك غيره، سواء أكان بالبيع، أم الهبة، أم الوقف» ونصت الفقرة ٣١/ ٢ على أن دعوى منع التعرض للحيازة هي من قبيل منع الضرر، ويقصد بها: طلب المدعي «واضعِ اليد» كف المدعى عليه عن مضايقته فيما تحت يده، واشترطت الفقرة ٣١/ ٣ لسماع دعوى منع التعرض للحيازة أن يكون المدعي واضعاً يده -حقيقة- على المحوز، ولو لم يكن مالكاً له، كالمستأجر، والمستعير، والأمين.

كما عرفت الفقرة ٣١/ ٤ من اللائحة دعوى استرداد الحيازة فنصت على أنها طلب من كانت العين بيده -وأخذت منه بغير حق، كغصب وحيلة- إعادة حيازتها إليه، حتى صدور حكم في الموضوع بشأن المستحق لها، واشترطت الفقرة ٣١/ ٥ من اللائحة لسماع دعوى استرداد الحيازة ثبوت حيازة العين من المدعي قبل قيام سبب الدعوى، ولو بغير الملك، كحيازة المستأجر ونحوه، كما أوضحت الفقرة ٣١/ ٦ من اللائحة أن دعوى منع التعرض للحيازة، ودعوى استردادها المتعلقة بالمنقول إذا رفعت بدعوى مستقلة قبل رفع الدعوى الأصلية في الموضوع إنما يختص بنظرها المحكمة الجزئية وفق المادة [٣١] أما إذا رفعت هذه الدعوى مع الدعوى الأصلية، أو بعد رفعها كأنها طلب عارض فتنظرها المحكمة المختصة بنظر الدعوى الأصلية في الموضوع وفق المادة [٢٣٣]. وحددت الفقرة ٣١/ ١٤ النظر في دعوى منع التعرض للحيازة ودعوى استردادها المتعلقة بالعقار من اختصاص المحاكم العامة وفق الفقرة (أ) من المادة [٣٢].

كما أوضحت الفقرة ٣١/ ٩ أن الاختصاص الوارد في الفقرة (ب) من المادة [٣١]: يشمل الدعاوى في الأموال «النقد»، وفي الأعيان غير العقار، وفي أقيام المنافع من العقار وغيره.

وأما بشأن المبالغ التي تختص بها المحكمة الجزئية والمشار إليها بالفقرات (ب، ج، د) من المادة [٣١] فقد عدلت «بقرار مجلس القضاء الأعلى ذي الرقم ٢٠ في ٢٣/ ٦/ ١٤٢٢هـ المعمم بالرقم ١٣/ ت/ ١٨٢٥ في ١٤/ ٧/ ١٤٢٢هـ إلى مبلغ عشرين ألف ريال فما دون ونصت على ذلك المادة ٣١/ ١١ من اللائحة التنفيذية.

وبناء عليه فإنه يرجع في تقدير قيمة الدعوى (قيمة المدعى به) إلى طلب المدعي فإن لم

يمكن فيتم التقدير من قبل اثنين من أهل الخبرة وهذا جاء بناء على نص المادة ٣١/ ١٠ من اللائحة التنفيذية .

٢ – الدوائر التجارية بديوان المظالم وتختص : أ – بنظر القضايا الناشئة عن الأعمال التجارية الأصلية بموجب قرار مجلس الوزراء ذي الرقم ٢١ في ٢٦/ ١١/ ١٤٠٧هـ والذي تم بموجبه نقل اختصاصات هيئة حسم المنازعات التجارية إلى ديوان المظالم إضافة إلى الأعمال المرتبطة بنظام الشركات والأعمال التي نص عليه النظام التجاري . ب – بنظر القضايا الناشئة عن الأعمال التجارية بالتبعية وذلك بموجب قرار مجلس الوزراء ذي الرقم ٢٦١ في ١٧/ ١١/ ١٤٢٣هـ(٣٦) .

المطلب الثالث: النظر في الاختصاص المكاني

وهذا داخل في نص المادتين المذكورتين في صدر هذا المبحث م (٢٣٣ ، ٢٣٩)، فقد نصتا على أن «تحكم المحكمة المختصة بنظر الموضوع» وهذا يشمل الاختصاص المكاني والنوعي ، ولأنه قد سبق الحديث عن الاختصاص النوعي ناسب أن نتكلم في هذا المطلب عن الاختصاص المكاني للمحكمة التي سوف تحكم بالحراسة القضائية وبناء عليه إذا تحققت المحكمة من اختصاصها نوعياً فإنها تبحث عن اختصاصها مكانياً .

الفرع الأول: مكان نظر الدعوى في الفقه:

لا خلاف في أنه إذا كان في البلد قاض واحد يختص بالطرفين فإنه هو الذي ترفع إليه

(٣٦) للنظر في تفاصيل اختصاص الديوان يرجع إلى بحث «التحكيم التجاري وتطبيقاته القضائية» والمنشور في مجلة العدل في العدد التاسع عشر الصادر في شهر رجب ١٤٢٤هـ، ص ٦٧ – ٧٦.

الدعوى، أما إذا تعدد القضاة، واستقل كل بمحلة يختص بالقضاء بين أهلها، ولا يتعداها إلى غيرها، فقد اختلف الفقهاء في تحديد القاضي المختص بنظر الدعوى على الآراء الآتية(٣٧): الرأي الأول: أن الدعوى ترفع إلى القاضي الذي يختاره المدعي، وإلى هذا ذهب أبو يوسف من الحنفية ومعظم فقهاء الشافعية والحنابلة(٣٨)، وهو قول المالكية إذا تعدد القضاة في نطاق بلد واحد، وكان المتنازعان من أهل هذا البلد(٣٩) واحتج أصحاب هذا الرأي بأن المدعي هو الذي لا يجبر على الخصومة، فإنه إذا تركها ترك وشأنه فهو المنشئ للخصومة، فيعطى الخيار إن شاء أنشأها عند قاضي مكانه هو، وإن شاء أنشأها عند قاضي مكان خصمه، فلأن الحق له في الدعوى جعل الحق له في تعيين القاضي(٤٠).

الرأي الثاني: أن الحق في تعيين القاضي الذي ينظر في الدعوى يكون للمدعى عليه لا للمدعي، وإلى هذا الرأي ذهب محمد بن الحسن، وهو المفتى به في المذهب الحنفي، ويستند هذا الرأي إلى أن المدعى عليه يدافع عن نفسه، والمدافع يطلب السلامة لنفسه، والأصل براءة ذمته، والظاهر يشهد له، فأخذه إلى من يأباه لريبة يثبت عنده ربما يوقعه في ارتباك يحصل له، فيؤدي ذلك إلى إثبات ما ليس في الحقيقة ثابتاً في ذمته، فالأولى مراعاة جانبه بالنظر إليه واعتبار اختياره، لأنه يريد الدفع عن نفسه، وخصمه يريد أن يوجب عليه، ومن طلب السلامة أولى بالنظر ممن طلب ضدها(٤١). ويرى بعض علماء الحنفية أن مذهب محمد بن الحسن ليس ما تقدم، وإنما العبرة عنده في تعيين القاضي

(٣٧) الموسوعة الفقهية ٢٠٢٧٨.
(٣٨) انظر: البحر الرائق ١٩٣/٧، نهاية المحتاج ٨٦/٨، منتهى الإرادات ٥٧٥/٢، وغاية المنتهى ٤٣١/٣.
(٣٩) انظر: حاشية الدسوقي ١٦٤/٤.
(٤٠) انظر: حاشية الدسوقي ١٣٥/٤، وكشاف القناع ١٧٢/٤، وتكملة حاشية ابن عابدين ٤٠١/٧.
(٤١) انظر: تكملة حاشية ابن عابدين ٤٠١/٧، والبحر الرائق ١٩٣/٧.

الذي ترفع إليه الدعوى وينظر فيها هي لمكان المدعى عليه، وأن قاضي هذا المكان هو المختص فيه، فليست العبرة لاختيار المدعى عليه، وإنما لمكانه(٤٢).

الرأي الثالث: وهو ما ذهب إليه المالكية، فقد اتفقوا مع الشافعية وأبي يوسف في أن الاختيار يكون للمدعي في تحديد القاضي المختص بنظر الدعوى في حالة تعدد القضاة في نطاق البلد الواحد، إلا أنهم اختلفوا معهم في تحديده عندما يتعدد القضاة، وتتعدد البلاد، واختلفت آراؤهم في ذلك باختلاف المدعى به أيضاً على النحو الآتي:

١ - ففي دعاوى الدين، اتفقوا على أن الدعوى تنظر في المكان الذي يتعلق فيه الطالب بالمطلوب(٤٣)، ومعنى هذا أن مدعي الدين له أن يختار من يشاء من القضاة إذا كان هو وخصمه في بلد واحد، وتعدد قضاته، وكانوا مستقلين بالنظر في جميع أنواع الدعاوى، فإن لم يكونا في بلد واحد فللمدعي أن يتعلق بخصمه في أي مكان يجده، ويطالب بحقه عند قاضي ذلك المكان(٤٤).

٢ - وفي دعاوى العين ينظر إن كان المتخاصمان من بلدين مختلفين، وكلاهما في ولاية قاض واحد، فإن الدعوى ترفع إلى ذلك القاضي في مجلس قضائه، سواء أكان في بلد المدعي أم في بلد المدعى عليه، وحيثما كان المدعى به(٤٥) وأما إذا كان كل منهما في ولاية قاض، فلهم في ذلك قولان: القول الأول: وهو لابن الماجشون كما نقل عنه ابن حبيب، وفيه ذهب إلى أن الدعوى ينبغي أن ترفع إلى القاضي الموجود في محل الشيء المدعى(٤٦)، فإذا رفعت إليه الدعوى فإنه يسمع بينة المدعي، ويضرب لمن عنده

(٤٢) انظر: الفواكه البدرية ص ٧٦، والبحر الرائق ٧/١٩٣.
(٤٣) انظر: مواهب الجليل ٦/١٤٦ حاشية الدسوقي ٤/١٤٦.
(٤٤) الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٠/٢٧٩.
(٤٥) حاشية الدسوقي ٤/١٦٤.
(٤٦) مواهب الجليل ٦/١٤٦، تبصرة الحكام ١/٨٤.

الحق المدعى أجلاً حتى يأتي، فيدفع عن نفسه، أو يوكل له وكيلاً يقوم عنه بالخصومة في ذلك(٤٧) ونقل فضل بن سلمة أن هذا الرأي ذهب إليه سحنون وابن كنانة(٤٨) القول الثاني: وهو قول مطرف وأصبغ، ويريان أن الدعوى إنما ترفع إلى قاضي موضع المدعى عليه، ولا يلتفت إلى موضع المدعي ولا موضع المدعى به(٤٩)، وهذا هو المشهور في المذهب المالكي، وقد نقله فضل بن سلمة عن ابن القاسم، ونقل بعضهم أن هذا هو عمل أهل المدينة(٥٠) غير أنهم قالوا: إن من حق المدعي أن يبدأ بقاضي محلته، فيرفع إليه أمره، ويثبت عنده بينته، ثم يكتب قاضيه إلى قاضي محلة المدعى عليه بذلك، فيأخذ المدعي كتاب قاضيه ليقدمه إلى قاضي المدعى عليه، وإن شاء وكل غيره، وأرسله بالكتاب، فإذا قدم المدعي أو وكيله إلى قاضي المدعى عليه سلمه كتاب قاضيه، فإن ثبت عنده، قرأه على المدعى عليه، وسأله المخرج من ذلك إن كان له مخرج، وإلا أنفذ الحكم عليه. أما إذا لم يفعل المدعي ذلك وإنما قدم مباشرة إلى قاضي المدعى عليه، فإن كانت بينته معه، نظرت الدعوى، وطلب من المدعى عليه المخرج، أما إذا أعلمه المدعي أن بينته في مكان الشيء المدعى، كتب إلى قاضي محلة ذلك الشيء، وطلب منه تزويده بالبينة، وفي جميع الأحوال يعطى المدعي أو المدعى عليه المدة الكافية لتحضير الحجج والبينات، غير أن أصبغ استثنى من ذلك ما لو وجد المدعي خصمه في محلته أو محلة ذلك الشيء المدعى، وتعلق به في المكان الذي وجده فيه، فإن القاضي الذي ينظر في الدعوى في هذه

(٤٧) حاشية الدسوقي ٤/ ١٦٤.
(٤٨) تبصرة الحكام ١/ ٨٤.
(٤٩) الشرح الكبير ٤/ ١٦٤ وتبصرة الحكام.
(٥٠) حاشية الدسوقي ٤/ ١٦٤.

الحال هو قاضي المكان الذي تعلق به فيه(٥١).

تلك الآراء في تحديد القاضي المختص بنظر الدعوى معتبرة عند أصحابها فيما إذا تميز المدعي من المدعى عليه، ولكن قد يكون كل من الطرفين مدعياً ومدعى عليه في آن واحد، وذلك كاختلافهما في قسمة الملك، أو كما إذا اختلفا في قدر ثمن مبيع أو صداق اختلافاً يوجب تحالفهما، ففي هذه الحالة لا يمكن تطبيق أحد تلك الآراء السابقة، وإنما ترفع الدعوى إلى أقرب القضاة من المتخاصمين، فإن تساويا في المسافة أقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة كان القول له في تعيين القاضي المختص(٥٢).

الرأي الرابع: وهو قول ضعيف في المذهب الحنبلي، هو منع المتنازعين من التقاضي إلى أن يتفقا على قاض معين(٥٣)، وإنما ضعفه فقهاء الحنابلة لأنه قد يؤدي إلى ظلم أحد الطرفين، إذ لا بد من أن يكون أحدهما محتاجاً إلى رفع الدعوى أكثر من الآخر، وغالباً ما يكون هذا المحتاج هو المدعي، وبذلك تتاح للآخر الفرصة في التعنت والعناد إذا طلب منه الاتفاق على قاض معين(٥٤)، ويمكن الاستفادة من هذا التضعيف بأن يقال: لا يجوز أن يعلق الحكم في جزئية معينة -أثناء سير الدعوى- أو اتخاذ أي إجراء قضائي على موافقة الطرفين بحيث لو لم يتفقا تتعطل القضية، لأن ذلك يؤدي إلى تعطل سير القضية كما أنه يعطي الخصم الحق بمضارة خصمه وهذا ممنوع شرعاً ونظاماً، ولكن -أيضاً- لا يمنع ذلك عرضه على الطرفين فإن وافقا كان حسناً، وإلا رجع الأمر إلى القضاء لفض النزاع فيه.

---

(٥١) تبصرة الحكام ١/٨٤.
(٥٢) حاشية الشرواني على تحفة المحتاج ١٠/١١٩، ومنتهى الإرادات ٢/٥٧٥، وكشاف القناع ٤/١٧٢، والقواعد لابن رجب ٣٦٣.
(٥٣) الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص٦٩.
(٥٤) الموسوعة الفقهية ٢/٢٨١.

الفرع الثاني: مكان نظر الدعوى في النظام:

نصت المادة الرابعة والثلاثون من نظام المرافعات على أنه تقام الدعوى في المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة المدعى عليه، فإن لم يكن له محل إقامة في المملكة فيكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة المدعي، وإذا تعدد المدعى عليهم كان الاختصاص للمحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة الأكثرية، وفي حال التساوي، يكون المدعي بالخيار في إقامة الدعوى أمام أي محكمة يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة أحدهم.

وأوضحت اللائحة التنفيذية للنظام هذه المادة فنصت الفقرة ٣٤/ ١ على أن محل الإقامة هو: المكان الذي يسكنه المدعى عليه على وجه الاعتياد، وفق ما نصت عليه المادة [١٠] وقد فصلت المادة العاشرة من النظام محل الإقامة فنصت على أنه يقصد بمحل الإقامة في تطبيق أحكام هذا النظامِ المكانُ الذي يقطنه الشخص على وجه الاعتياد، وبالنسبة للبدو الرحل، يعد محلَّ إقامة الشخصِ، المكانُ الذي يقطنه عند إقامة الدعوى، وبالنسبة للموقوفين والسجناء، يعد محلَّ إقامةِ الشخص، المكانُ الموقوف أو المسجون فيه، ويجوز لأي شخص أن يختار محل إقامة خاصاً يتلقى فيه الإخطارات والتبليغات التي توجه إليه بشأن مواضيع، أو معاملات معينة إضافة إلى محل إقامته العام.

وقد فصلت اللائحة التنفيذية مكان إقامة الدعوى فيرجع إليه لأن المقصود هنا هو بيان الإطار العام في مكان إقامة الدعوى وهو أنها تقام في محل المدعى عليه وهو الذي أخذ به نظام المرافعات الشرعية أما الشركات والمؤسسات أو الأطراف ذوو الشخصية المعنوية فقد حدد النظام مكان إقامة الدعاوى المتعلقة بها، فنصت المادة السادسة والثلاثون على أنه: «تقام الدعاوى المتعلقة بالشركات والجمعيات القائمة، أو التي في دور التصفية، أو المؤسسات الخاصة

في المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها مركز إدارتها، سواء أكانت الدعوى على الشركة أم الجمعية أو المؤسسة، أو من الشركة أو الجمعية أو المؤسسة على أحد الشركاء أو الأعضاء، أو من شريك أو عضو على آخر، ويجوز رفع الدعوى إلى المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة وذلك في المسائل المتعلقة بهذا الفرع»، وبناء على هذه المادة تقام الدعوى في مركز إدارتها والمقصود به مكان إدارة جميع فروع الشركة وهو ما يسمى في السجل التجاري بالمركز الرئيسي للشركة أو المؤسسة وأجازت هذه المادة رفع القضية على الفرع في مكانه وذلك في المسائل التي باشرها ذلك الفرع.

ويلاحظ على هذه المواد أنها لم تفرق بين الدعاوى المستعجلة وبين الدعاوى غير المستعجلة في مكان الدعوى، وبالتالي فعند رفع قضية الحراسة يراعى في مكان نظرها المواد السابقة.

المطلب الرابع: شروط قبول طلب الحراسة القضائية:

لم يحدد نظام المرافعات الشروط الخاصة بقبول طلب الحراسة القضائية التي يمكن وضع حارس قضائي فيها وإنما يمكن أن يستشف من النظام بعض الشروط التي عند توافرها يصح قبول طلب الحراسة:

أولاً: اشترط النظام لها صفة الاستعجال حسب ما جاء في المادة [٢٣٣] وعرف النظام (صفة الاستعجال) بأنها التي يخشي عليها من فوات الوقت، ويعنى بفوات الوقت أن يخشى عليها الضرر إن تركت بلا حراسة أن تتعرض للضرر أو النقص وقد جعلت المادة تحديد هذه الصفة في كل قضية إلى القضاء، وذلك لأن السكوت في معرض الحاجة إلى بيان بيان كما إنه يصعب ضبط هذه الصفة -الاستعجال- بضابط مطرد. كما اشترطت المادة (٢٣٩) لفرض الحراسة القضائية ثلاثة شروط:

١ - وجود نزاع في المنقول أو العقار .

٢ - أن يكون الحق غير ثابت .

٣ - أن يقدم طالب الحراسة من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه «ويلاحظ على هذه الشروط : أ - أنها خصت الحراسة على العقار والمنقول أما الحراسة فيجوز وقوعها على العمل وهي الحراسة على الشركات وإدارتها فإن مكاتب الشركة وغيرها ليست محل الحراسة بل العمل والربح الناتج عنه هو محل الحراسة كما أن اشتراطها أن يكون الحق غير ثابت غير دقيق لأنه كما أسلفت قد يكون الحق ثابتاً لكن يحتاج إلى ضبط، خشية استيلاء أحد عليه وهذا مثل الحراسة على الشركات وغيرها فإن نصيب الشريك ثابت، ولكن قد ينشأ من عدم توضيح المركز المالي للشركة أن يتسبب في انتقاص أحد الشركاء أو ظلمه سواء أكان في صرف الأرباح أم إعادة رسملتها وارتفاع حصة الشريك الآخر بها، وأما بخصوص الشرط الثالث فلم تحدد هذه المادة ضابطاً للخطر بل تركت تقديرها للقاضي ناظر القضية، وفي بعض القوانين كالقانون المدني اللبناني مثالاً نص على بعض الحالات التي يمكن تعيين حارس قضائي فيها فنذكرها للاستئناس والاطلاع، فقد نصت المادة [٧٢٠ قانون الموجبات والعقود] على : أن للقاضي أن يقرر تعيين حارس :

١ - للشيء الذي يكون موضوع نزاع أو موضوع علاقات قانونية مشكوك فيها إلى أن يزول النزاع أو الشك، أو للشيء الذي يعرضه المديون لإبراء ذمته .

٢ - للأموال المنقولة وغير المنقولة التي يخشى صاحب الشأن لأسباب مشروعة أن يختلسها واضع اليد عليها أو يتلفها أو يبيعها .

٣ - للأموال المنقولة المؤمنة لحق الدائن إذا أثبت الدائن عجز مدينه أو كان لديه من الأسباب المشروعة ما يحمله على الخوف من هربه أو اختلاسه لتلك الأشياء أو تعييبها . مع الإشارة إلى

أن كلمة (شيء) الواردة أصلاً بالفرنسية في المادة [٧٢٠] (Chose) هي مطلقة وتشمل الأموال على اختلاف أنواعها، سواء أكانت عقاراً أم عقارات، منقولاً أم منقولات، مالاً أم مجموعة من الأموال، حقوقاً مادية أو معنوية، شرط أن تكون إدارتها بواسطة الغير ممكنة، ولتبسيط الموضوع أورد بعض الحالات التي يمكن وضع الحراسة عند وجودها وذلك على سبيل المثال لا الحصر:

أ - المنازعة التي تتناول منقولاً أو عقاراً أو مجموعة من المال والتي يكون موضوعها:

- الملكية أو وضع اليد (التصرف).
- مجرد الحيازة.
- الإدارة.

ب - المنازعة بين البائع والمشتري على:

- صحة عقد البيع.
- موجب دفع الثمن.
- موجب التسليم.

ج - المنازعة بين المؤجر والمستأجر على:

- المنفعة أو ما يقابلها.
- الأموال المؤجرة.
- طريقة الاستغلال.

د - المنازعة بين الشركاء في الملك المشاع.

- مقدار الأنصبة.
- إدارة المال الشائع واستغلاله.

هـ - المنازعة بخصوص التركة على:

- قسمة التركة.

- إدارة التركة واستغلالها.

٤ - المنازعة بين الشركاء والمديرين في الشركات والأعضاء ومجلس الإدارة في الجمعيات والنقابات وما شابهها.

وذكرت اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات بعضاً لهذه الحالات وذلك على سبيل التمثيل فنصت الفقرة ٢٣٩/ ٢ على أن: «للقاضي أن يأمر بالحراسة إذا حصل نزاع في ثابت أو منقول أو فيهما سواء أكان هذا النزاع في الملكية أم على واضع اليد أم على الحيازة أم متعلقاً بإدارة المال واستغلاله، كالنزاع الذي يحصل بين الورثة أو بعضهم في التركة، أو بين الشركاء حول إدارة المال المشاع وكيفية استغلاله».

المطلب الخامس: تقديم طلب الحراسة:

أشارت المادة ٢٣٣ التي سبق إيرادها إلى طريقة أو كيفية تقديم طلب الحراسة القضائية وأوضحت اللائحة التنفيذية ذلك بتفصيل أكثر فقسمت اللائحة تقديم الدعاوى المستعجلة إلى قسمين: القسم الأول: تقديمها دعوى مستقلةً كاملة الأركان: فنصت الفقرة ٢٣٣/ ١ على «أن رفع الدعوى المستعجلة إذا كان قبل إقامة الدعوى الأصلية فإنه يكون بصحيفة مستقبلة، وفق المادة [٣٩]» ويكون رفعها مباشرة بدون اشتراط تعلق بدعوى أخرى - أي غير تابعة لدعوى أخرى- بشرط أن تكون دعوى الحراسة قد رفعت قبل الدعوى الأصلية فإن رفعت بعد إقامتها فتكون تبعاً لها.

وإتماماً للكلام في هذه المسألة وتوضيحاً لها فإن المادة [٣٩] قد نظمت إجراءات تقديم

الدعوى المستقلة فنصت على أن «الدعوى ترفع إلى المحكمة من المدعي بصحيفة تودع لدى المحكمة من أصل وصور بعدد المدعى عليهم، ويجب أن تشتمل صحيفة الدعوى على البيانات الآتية:

أ - الاسم الكامل للمدعي، ومهنته أو وظيفته، ومحل إقامته، وسجله المدني، والاسم الكامل لمن يمثله، ومهنته أو وظيفته، ومحل إقامته إن وجد.

ب - الاسم الكامل للمدعى عليه، ومهنته أو وظيفته، ومحل إقامته، فإن لم يكن له محل إقامة معلوم فآخر محل إقامة كان له.

ج - تاريخ تقديم الصحيفة.

د - المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى.

هـ - محل إقامة مختار للمدعي في البلد التي بها مقر المحكمة إن لم يكن له محل إقامة فيها.

و - موضوع الدعوى، وما يطلبه المدعي، وأسانيده».

القسم الثاني: إذا كانت هناك دعوى أصلية فيجوز إرفاق دعوى الحراسة - وهي من الطلبات المستعجلة - مع الدعوى الأصلية -تبعاً- عند تقديمها أو جعلها طلباً عارضاً عند نظرها وذلك بناء على مفهوم الفقرة ٣٩/ ٣ من اللائحة -والتي نصت على أنه لا يجمع في صحيفة الدعوى بين عدة طلبات لا رابط بينها- ونص المادة ٢٣٣ والتي تم إيضاحها في اللائحة التنفيذية، فقد نصت الفقرة ٢٣٣/ ٢ من اللائحة على أنه «يجوز رفع الطلب المستعجل مع الدعوى الأصلية بصحيفة واحدة، كما يجوز إبداؤه طلباً عارضاً من الخصوم أثناء نظر الدعوى، أو يقدم مشافهة في الجلسة بحضور الخصم» ا. هـ وعند تقديمه مشافهة فإنه يلزم إثباته في دفتر ضبط القضية.

المبحث الثاني
كيفية السير في قضية الحراسة

بعد أن يتم قيد القضية -إذا كانت دعوى الحراسة مستقلة- أو رصد طلب الحراسة في ضبط القضية الأصلية يتم نظر طلب الحراسة القضائية والسير فيها من خلال عدة أمور:

الأمر الأول: بحث مسوغات الطلب:

وهي الدواعي والأسباب التي تجعل المال الذي يطلب وضع الحراسة عليه عرضةً للخطر إما بالاعتداء عليه أو ضياعه، وهذه الأسباب يختلف تقديرها من قاض لآخر وتختلف باختلاف نفس المال المتنازع عليه أو المطلوب وضع الحراسة عليه، لذلك أعطى نظام المرافعات الشرعية القاضي الحق في تقدير درجة الخطورة ومدى الأحقية في وضع الحراسة من عدمها، ويدل لما ذكرت الإطلاق في وصف النظام للأسباب المسوغة لرفع الدعوى المستعجلة عموماً ومن ضمنها دعوى الحراسة، فقد نصت المادة [٢٣٣] على أن: «المسائل المستعجلة هي التي يخشى عليها من فوات الوقت والمتعلقة بالمنازعة نفسها»، كما نصت المادة ٢٣٩ على أن: للقاضي أن يأمر بالحراسة إذا كان صاحب المصلحة في المنقول أو العقار قد قدم من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه»، فأوضحت المادتان مسوغات طلب الحراسة وهي:

١ - كون الدعوى من المسائل المستعجلة لكونها يخشى عليها من فوات الوقت وتتعلق بذات المنازعة.

٢ - وجود أو خشية وجود الخطر العاجل من بقاء المال تحت يد حائزه.

الأمر الثاني: إصدار الحكم بفرض الحراسة:

ويتم بمراحل:

المرحلة الأولى: مرحلة الطلب:

ويكون ذلك بطريقين:

١ - بطلب من ذوي الشأن «أطراف النزاع أو من له مصلحة في ذلك» بناء على المادة [٢٣٩] من النظام، فقد نصت على أنه «ترفع دعوى طلب الحراسة للمحكمة المختصة . . » وقد سبق ذكر إجراءات تقديم الطلب.

٢ - يأمر به القضاء من تلقاء نفسه وبدون طلب أحد من ذوي الشأن وذلك عند وجود المسوغات المذكورة بعاليه، ويؤيد هذا العمل دخوله في المبادئ العامة المنوطة بالقضاء، ومنها السعي لحفظ حقوق الناس وإقامة العدل بينهم، وتقرير الحراسة القضائية هو من هذا الباب ولو كان بغير طلب من الخصوم، ما دام يهدف إلى حفظ الحقوق والسير بالقضية في طريق العدالة، وقد نصت الفقرة ٢٣٩/ ٥ من اللائحة التنفيذية على: «أن للقاضي عند الاقتضاء - ولو لم يصدر حكم في الموضوع أي موضوع الدعوى الأصلية - أن يقيم حارساً بأمر يَصْدُره، ولو لم يطلب ذلك أحد من الخصوم ويخضع لتعليمات التمييز». ا. هـ.

المرحلة الثانية: اختيار الحارس القضائي:

نصت المادة الأربعون بعد المائتين على أن: «يكون تعيين الحارس باتفاق ذوي الشأن جميعاً، فإذا لم يتفقوا تولى القاضي تعيينه»، وبناء عليه يتم اختيار الحارس القضائي عبر طريقين لا بد فيهما من الترتيب:

الطريق الأولى: أن يقترح أحد الأطراف أو بعضهم أو جميعهم أو القاضي تعيين شخص الحارس القضائي ثم يعرض على أطراف النزاع - جميعاً - فإذا قرروا اتفاقهم على تعيينه،

يثبت ذلك في دفتر الضبط، وهنا يلاحظ أن تلك المادة اشترطت حدوث الإجماع منهم على اختياره، أما إذا وقع الاختيار منهم بالأغلبية فلا يعتبر هذا الطريق في اعتماد الحارس القضائي، لكون المخالفة أو الاعتراض عليه قطعت فائدة إعطاء الخيار لهم في تعيين الحارس عند الإجماع، وهو علمهم بكفاءته، ونظره المصلحي لمالهم المتنازع عليه، يؤيد هذا الفقرة [٢٣٩/ ١] والتي عرفت الحراسة بأنها: «وضع الأموال المتنازع عليها تحت يد أمين يعينه القاضي إن لم يتفق على تعيينه ذوو الشأن»، فإذا لم يتم اختياره بالإجماع بقي الطريق الثاني في تعيين الحارس.

الطريق الثاني: يكون عن طريق القضاء ولا يؤثر اعتراض أحد الأطراف فيه لأن قبول الاعتراض على الحارس في هذه الحالة يؤدي إلى تعطيل العمل بالحراسة، وتمكن الخصم من نقض الحراسة إذا شاء، وذلك بالاعتراض على الحارس، وبالتالي يتعذر العمل بالحراسة، لذا كان اختيار القضاء قاطعاً لموضوع الاختيار وملزماً للجميع، وللخصم إبداء اعتراضه عند نهاية الدعوى الأصلية لدى محكمة التمييز، كما سيأتي تفصيله إن شاء الله.

المرحلة الثالثة: البيانات الواجب توافرها في الحكم بالحراسة:

١ - معلومات عن القضية عموماً وأسباب إقامتها.

٢ - الطرف الطالب للحراسة ومسوغات الطلب ويكتفى بذكر المسوغات إذا كان تقرير الحراسة من قبل القضاء من تلقاء نفسه.

٣ - اسم الحارس القضائي وعنوانه والمهمات الواجب عليه أداؤها بالدقة والتفصيل، فقد نصت المادة الأربعون بعد المائتين على أنه: «يحدد الحكم الصادر بالحراسة ما على الحارس من التزام وماله من حقوق وسلطة».

٤ - تحديد أجرة الحارس القضائي ولذلك أشارت المادة السابقة، فقد نصت على تحديد حقوق الحارس في الحكم، وأكدت ذلك المادة الثالثة والأربعون بعد المائتين، فنصَّت على أن

للحارس أن يتقاضى الأجر المحدد له في الحكم ما لم يكن قد تنازل عنه .

٥ - تحديد مدى الحراسة : وهي المدة التي يمكن انتهاء الحراسة فيها أو عندها فيذكر مثالاً أنها إلى حين صدور الحكم في موضوع القضية ، أو إلى حين فرز نصيب طالب الحراسة ، ولا يجوز -في اعتقادي- أن تكون الحراسة مطلقة لأن هذا قد يؤدي إلى تأثر المال الموضوع تحت الحراسة ببقائه مدة طويلة تحتها ، كما أن التحديد يكون حافزاً للخصوم وللحارس القضائي وللقضاء على حد سواء في إنجاز القضية .

٦ - تحديد المال المقصود بوضع الحراسة عليه وذلك يكون بالتعيين فإذا كان شركة أو مؤسسة يذكر رقم سجلها التجاري وإذا كانت شركة تابعة لمجموعة شركات يذكر فيه المعلومات الخاصة بهذه الشركة تمييزاً لها عن بقية المجموعة ، وكما ذكرنا سابقاً يجوز في الحكم التعميم دون الإطلاق فيذكر مثالاً أن الحراسة على الشركة الفلانية وجميع الشركات التابعة لها ولا يصح الإطلاق كأن يقرر القاضي في حكمه أن الحراسة تكون على الشركة الفلانية مع السكوت عن الشركات التابعة لها فهذا قد يحدث اضطراباً في عمل الحارس وقد يتسبب في تقصيره عن أداء العمل المنوط به أو التجاوز فيه .

وإذا كان محل الحراسة عقاراً أو مالاً منقولاً وجب تحديده بالصفة أو بالوثائق الرسمية الواصفة له كأن ينص في الحكم على أن الحراسة على العقارات المملوكة بالصك ذي الرقم كذا أو السيارات المملوكة بالعقد الفلاني ذي الرقم كذا في تاريخ كذا . . وإذا كان على تركة فيذكر فيه ما يحصر التركة إن تمكن من ذلك ، وإن كان على أجرة أو ربح فيذكر تاريخ استحقاقه وكافة معلوماته التي تنفي جهالته ويتحدد بها عمل الحراسة .

والمقصود هو تحديد الشيء المراد وضع الحراسة عليه تحديداً نافياً للجهالة فإن هذا يعين كثيراً على ضبط عمل الحارس القضائي ، كما إنه يجنب القضاء الوقوع في إشكالات تجاوز أو تقصير

الحارس القضائي في عمله المنوط به، وقد نص النظام على هذا التحديد ضمناً وذلك بموجب المادة الحادية والأربعين بعد المائتين والتي نصت على أنه: «يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهود إليه حراستها»، فالأموال المعهودة له هي التي صدر الحكم بها وتضمنها الحكم وقوله «الأموال المعهود إليه» هذا يدل على أن هذه الأموال معلومة ومتعينة إذ لا يمكن لأحد أن يعهد لأحد بحفظ مال أو شيء دون تحديده.

الأمر الثالث: تنفيذ حكم الحراسة والاعتراض عليه:

تنفيذ حكم الحراسة لا يمنع الاعتراض عليه أمام الدرجة القضائية العليا (هيئة التمييز في وزارة العدل وهيئة التدقيق في ديوان المظالم» وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً: دعوى الحراسة القضائية من الدعاوى المستعجلة التي يصدر الحكم فيه مشمولاً بالنفاذ المعجل: نصت المادة الثامنة والتسعون بعد المائة على أنه: لا يجوز تنفيذ الأحكام جبراً قبل اكتساب الحكم للقطعية، إلا إذا كان التنفيذ المعجل مأموراً به في الحكم، كما نصت المادة التاسعة والتسعون بعد المائة: على أنه يجب شمول الحكم بالتنفيذ المعجل بكفالة أو بدونها حسب تقدير القاضي في الأحوال الآتية ومنها الفقرة (أ): الدعاوى المستعجلة، وقد نصت الفقرة(هـ) من المادة ٢٣٤ على أن دعوى الحراسة تعتبر من الدعاوى المستعجلة، فعلى هذا فإنها يجب أن تكون مشمولة بالنفاذ المعجل.

ثانياً: إذا صدر الحكم بالحراسة فإنه يجوز الاعتراض عليه، ويرفع إلى المحكمة ذات الدرجة العليا، مع العلم أن هذا الاعتراض لا يمنع تنفيذ حكم الحراسة، لذا نصت المادة الخامسة والسبعون بعد المائة على أنه لا يجوز الاعتراض على الأحكام التي تصدر قبل الفصل في الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة كلها أو بعضها إلا مع الاعتراض على الحكم الصادر في الموضوع، ويجوز الاعتراض على الحكم الصادر بوقف الدعوى وعلى الأحكام الوقتية

والمستعجلة قبل الحكم في الموضوع.

وتوضيحاً لهذه المادة بينت الفقرة ١٧٥/ ٢ من اللائحة التنفيذية أن الأحكام الوقتية والمستعجلة التي تصدر قبل الفصل في الدعوى هي ما أشير إليه في المادة [٢٣٤]، كما نصت الفقرة ٢٣٣/ ٤ من اللائحة التنفيذية على أن الأحكام الصادرة في المسائل المستعجلة خاضعة لتعليمات التمييز ويجوز الاعتراض عليها وفق المادة [١٧٥].

بل نصت الفقرة ٢٣٩/ ٥ من اللائحة التنفيذية على أن للقاضي عند الاقتضاء - ولو لم يصدر حكماً في الموضوع - أن يقيم حارساً بأمره يصدره، ولو لم يطلب ذلك أحد من الخصوم ويخضع لتعليمات التمييز.

ومعنى هذا أنه يسوغ الاعتراض على حكم الحراسة الذي صدر من قبل القضاء من تلقاء نفسه -دون طلب الخصوم- ويرفع الاعتراض إلى هيئة التمييز.

المبحث الثالث
حقوق الحارس القضائي والتزاماته

المطلب الأول: حقوق الحارس القضائي:

تتمثل حقوق الحارس القضائي في شيئين:

الأول: تقدير أجرته وتحديدها في صلب الحكم: وهذا قد تم الكلام عليه سابقاً وقد بينت أن ذلك أدعى إلى حفظ حق الحارس القضائي، وحتى لا ينشأ مستقبلاً خلاف في الحراسة، كما إنه يقطع الخصومة في الأتعاب فيما بعد.

وقد نصت المادة الثالثة والأربعون بعد المائتين على أن: للحارس أن يتقاضى الأجر المحدد له في الحكم ما لم يكن قد تنازل عنه.

ويتم بحث تقدير الأجرة بعد الاتفاق على تحديد شخص الحارس القضائي.

وتتحدد أجرة الحارس القضائي بطريقين:

الأولى: باتفاق ذوي الشأن -وهم أطراف النزاع- مع الحارس القضائي، ويثبت في الحكم أن تحديد الأجرة كان باتفاق ذوي الشأن.

الطريق الثاني: عند اختلاف أطراف النزاع أو عدم رضى الحارس القضائي فإن الأمر يبقى بيد القضاء لتحديد أتعابه وأجرته أو استبدال حارس آخر به يتفق الخصوم على تحديد أجرته فيما لو كانت الحراسة باتفاق ذوي الشأن دون ما يقررها القضاء من تلقاء نفسه.

وبينت الفقرة ٢٤٣/ ١ من اللائحة التنفيذية هذين الطريقين، فقد نصت: على أن تقدير أجرة الحارس باتفاق يكون من ذوي الشأن مع الحارس أو بتقدير القاضي عند الاختلاف.

تنبيه:

إذا لم يقنع الحارس القضائي بالأجرة المحددة له من قبل القاضي أو لم يتفق مع ذوي الشأن عليها فإن كان هذا قبل صدور الحكم باعتماده حارساً قضائياً فلا يجوز إلزامه بأجرة لا يرضى عنها وبالتالي يحق له عدم الموافقة عليها وبالتالي رفض الحراسة ولا يلزمه شيء وذلك لأن الحراسة القضائية من باب إجارة الأشخاص والتي لا يجوز الإجبار على الدخول فيها لأن الأصل في العقود التراضي، وأما إن كان بعد صدور الحكم باعتماده -وسبق تحديد الأجرة في الحكم- ثم اعترض على الأجرة فهنا يخضع لأحكام الاستقالة وستأتي.

الثاني: أن حقوق الحارس القضائي من الديون الممتازة التي تقدم على غيرها من الديون وبالتالي يحق له أن يأخذ أجرته من غلة المال الذي يديره أو من ذوي الشأن إن كان العمل ليس له طابع الاستمرارية كإدارة الشركات أو العقارات وغيرها، أما إن كان العمل له طابع

الاستمرارية فإن الحارس يتقاضى أجرته من الغلة مباشرة، ونصت الفقرة ٢٤٣/ ٢ من اللائحة على أن يتقاضى الحارس أجره المحدد له من الغلة التي في يده، وإلا فمن ذوي الشأن، وعند الاختلاف يفصل في ذلك ناظر القضية، أو خلفه. ا. هـ والمقصود بالاختلاف هو الاختلاف الحاصل بقبض الأجرة، لذا يفضل أن يحدد في الحكم طريقة استلام الحارس لأجرته، والأولى أن يكون بعد أن يقدم حساباته - وما يثبت قيامه بالعمل على أتم وجه- للجهة القضائية التي عينته ويكون صرفه للأجرة بموجب أمر قضائي حسماً للتلاعب أو الاتهام به والذي قد يبديه أحد الخصوم، ذلك الذي يُعقِّد أمر الحراسة ويحرفها عن مقصودها الأساس.

المطلب الثاني: التزامات الحارس القضائي:

١ - المحافظة على الأموال المعهود إليه حراستها، ولا بد هنا من التنبيه إلى أن استلام الحارس القضائي للأموال المعهود له بحراستها يشترط أن يكون بمحضر جرد يوقع عليه ذوو الشأن مع مندوب المحكمة ويلزم - أيضاً - إن كانت الحراسة على شركة أو مؤسسة أن يوقع المراجع المالي للشركة أو المؤسسة على المحضر مع تبيينه لمركزها المالي، ونصت الفقرة ٢٤١/ ١ على أنها تبدأ التزامات الحارس باستلام المال محل الحراسة ويجب عليه أن يحرر محضراً يجرد فيه الأموال الموضوعة تحت الحراسة وأوصافها وذلك بعد إخطار ذوي الشأن وحضورهم مع مندوب من المحكمة ويوقع الجميع على المحضر فإن امتنع أحد أثبت ذلك في المحضر. ا. هـ.

٢ - إدارة الأموال المعهود إليه بحراستها: والإدارة تكون بالرعاية والحماية -كما سبق توضيحه. ويتولى الحارس القضائي منصب المدير العام في الشركات والمؤسسات وبالتالي تكف -تلقائياً- يد المدير العام وأما في غيرها فيتولى إدارته حسب ما هو محدد عرفاً وعادة؛ لأن العادة محكمة فيما لم يرد الشرع بتقريره، وقد نصت المادة الحادية والأربعون بعد المائتين

على هذين الالتزامين وجاء فيها: يلتزم الحارس القضائي بالمحافظة على الأموال المعهود إليه حراستها، وبإدارة ما يحتاج إلى إدارة من هذه الأموال، ويبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد. ا.هـ.

٣ - يلتزم الحارس القضائي باتخاذ دفاتر حساب منتظمة تبين الحركة المالية والإيرادات والمصروفات التي تمت تحت إدارته، ويجب عليه أيضاً أن تكون هذه الدفاتر المحاسبية مقرونة بما يدعمها من المستندات وأن يودع صورة منها لدى المحكمة وفقاً لنص المادة الرابعة والأربعين بعد المائتين والتي قررت أن الحارس يلتزم باتخاذ دفاتر حساب منظمة، وعلى القاضي إلزامه باتخاذ دفاتر، عليها ختم المحكمة عند الاقتضاء، ويلتزم بأن يقدم في الفترات التي يحددها القاضي أو في كل سنة على الأكثر لذوي الشأن حساباً بما تسلمه وبما أنفقه معززاً بما يثبت ذلك من مستندات، وإذا كان الحارس معيناً من قبل المحكمة وجب عليه فوق ذلك أن يودع صورة من هذا الحساب بمكتب إدارتها.

المبحث الرابع
انتهاء الحراسة القضائية

العقد الذي يحكم العلاقة بين الذي قام بتعيين الحارس -وهو القضاء أو ذوو الشأن- هو عقد الإجارة، وتكون المنفعة فيه هي عمل الحراسة والعامل والمستأجَر هو الحارس القضائي وهي من قبيل إجارة الأشخاص والحارس القضائي هو من قبيل الأجير المشترك وتطبق عليه أحكامه وبالتالي لا يوجد تلازم بين انتهاء الحراسة القضائية وانتهاء عمل الحارس القضائي وذلك لأن العبرة والمقصود في عقود الإجارة عموماً هو استيفاء المنفعة وفي عقود إجارة

الأشخاص خصوصاً إتمام العمل المتعاقد عليه، وبناء عليه سوف يتم تقسيم الانتهاء إلى مطلبين:

المطلب الأول: الأحوال التي يتنتهي فيها عمل الحارس القضائي.

الفرع الأول: الاستقالة:

وهي طلب الحارس القضائي الإقالة من عمل الحراسة، وعليه فإن هذا الطلب يكون خاضعاً لاعتبار المصلحة في قبول الاستقالة أو عدمها، وفي حال قبول هذا الطلب لا بد في الحراسة القضائية من أمرين:

١ - توضيح الأسباب الحاملة لهذه الاستقالة وفي حال اقتناع القاضي بها يتوجب عليه تبيين وجاهتها وذلك في الحكم الذي يصدر بإقالته وتعيين غيره.

٢ - استمرار الحارس المستقيل في عمله حتى يتم تعيين حارس آخر حسب الإجراءات المشار إليها سابقاً وإلى هذا أشارت الفقرة ٢٤٠/ ٦ من اللائحة التنفيذية.

الفرع الثاني: موت الحارس القضائي:

وعند موته ينبغي أن تكون إجراءات العمل بتعيين حارس قضائي آخر عاجلة، وهل يضع القاضي حارساً مؤقتاً لحين اتفاق ذوي الشأن على حارس آخر يستلم المال موضوع الحراسة، أو يقوم بالإجراءات السابقة فقط؟ خلاف بين القانونيين، ولكن الذي رجحته اللائحة التنفيذية حسب نص الفقرة ٢٤٠/ ٦: أن يكون التعيين بناء على الإجراءات السابقة، أي دون وضع حارس مؤقت، ولكن على القول الأول يكونون قد راعوا أن المال موضوع الحراسة سيبقى فترة - ولو كانت قصيرة- بلا مدير، وفي هذا خطر كبير على المال لعدم وجود من يضمنه وهذا

بخلاف ما قبل الحراسة فإن المال غالباً يكون من ضمان أحد المتنازعين وتحت إدارته أما في هذه الحال -حال وفاة الحارس- فإن المال يبقى خالياً من اليد الضامنة، وهذا يعرضه للخطر الذي يتنافى مع الحراسة، بل قد تكون الحراسة هي السبب في ذلك، لذا لا بد من معالجة هذه المسألة نظامياً، حتى لا تكون سبباً في الإخلال الذي قد ينتج من عدم التنبه لها، عموماً أرى أن ترجيح أحد الأمرين يرجع إلى تقدير القاضي وملامسته الفعلية لتحقق وجود الخطر أو عدمه.

الفرع الثالث: ترك العمل بالحراسة:

إذا ترك الحارس القضائي عمله من تلقاء نفسه - دون موافقة المحكمة - بعد صدور الحكم باعتماده حارساً قضائياً فإنه يترتب عليه أمران:

الأول: تعين المحكمة حارساً بدلاً عنه حسب إجراءات تعيين الحارس.

الثاني: يضمن الحارس التارك للحراسة ما يترتب على تركه للحراسة من أضرار على الأموال المحروسة، وهذان الأمران نصت عليهما الفقرة ٢٤٠/ ٨ من اللائحة، وتعليل الأمر الأول واضح، فإنه لا بد من وجود حارس لهذا المال الذي تقرر وضع الحراسة عليه سابقاً.

أما تعليل الأمر الثاني فيكون بأمور:

١ - قوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» وبناء عليه فإن الحارس إذا ترك الحراسة من غير إذن الجهة المعينة له وتسبب تركه هذا في وقوع ضرر على المال موضع الحراسة فإنه يتحمل ما ينتج عن هذا الترك.

٢ - أن الحارس أمين لا يضمن إلا بالتعدي والتفريط وتركه لعمله بغير إذن الجهة المعينة له تفريط يوجب وقوع الضمان عليه، جاء في كشاف القناع: «والوكيل أمين لا ضمان عليه فيما تلف في يده من ثمن ومثمن وغيرهما بغير تفريط ولا تعد لأنه نائب المالك في اليد والتصرف

فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد المالك كالمودع سواء كان بجعل أم لا وكذا - أي كالوكيل في ذلك- كل من كان بيده شيء لغيره على سبيل الأمانة كالأب والوصي، وأمين الحاكم والشريك، والمضارب، والمرتهن والمستأجر(٥٥)ا. هـ.

الفرع الرابع: الانتهاء بحكم قضائي أو باتفاق ذوي الشأن:

أوضحت المادة الخامسة والأربعون بعد المائتين من النظام كيفية انتهاء مهمة الحارس القضائي بما لا يلحقه به أيّ تبعة ويستحق عليه أتعابه، فنصت على ما يلي: تنتهي الحراسة باتفاق ذوي الشأن جميعاًأو بحكم القاضي، وعلى الحارس حينئذ أن يبادر إلى رد الشيء المعهود إليه حراسته إلى من يختاره ذوو الشأن أو من يعينه القاضي.

وبناء عليه يكون انتهاء الحراسة أو انتهاء عمل الحارس نظاماً بأمور:

الأول: اتفاق ذوي الشأن جميعاً على إنهاء الحراسة القضائية: فتعتبر الحراسة منتهية إذا اتفق جميع ذوي المصلحة على إنهائها، لأن الحارس وإن كان نائباً عن القضاء إلا أنه يمثل مصلحة أصحاب الحقوق المتنازع عليها ويعود لهؤلاء مجتمعين أن يضعوا حداً لمهمته، وبناء على هذا الاتفاق يصدر حكم القاضي بإنهاء الحراسة ككل أو بإنهاء عمل الحارس الموجود واستبدال حارس آخر به.

الثاني: صدور حكم قضائي بإنهاء عمل الحارس القضائي، إذا لم يجمع أصحاب الحقوق على إنهاء الحراسة فإن للقضاء الحق بوضع حد لها إذا وجد ما يسوغ ذلك، كأن يصدر حكم عن المحكمة - المختصة بنظر الموضوع- في النزاع الذي كان سبباً للحراسة، فيثبت الحق لأحد الفريقين، أو يبطله وذلك لأن الحراسة تدبير مؤقت وهذا التدبير يزول بصدور حكم يحسم

(٥٥) ٣/ ٤٨٤ - ٤٨٥.

موضوع النزاع ويتعين على الحارس أن يسلم الشيء لمن حكم له بملكيته.

الثالث: صدور حكم القاضي بعزل الحارس، وذلك لأنه قد تحصل أسباب تؤدي إلى عزل الحارس القضائي، فعندها لا بد أن تقرر المحكمة عزله، وهذه الأسباب قد تعود إلى ذات الحارس، وقد تعود إلى أمر خارج عن الحارس القضائي، ونظام المرافعات كالناظر على الوقف، فقد نصت الفقرة ٣٢/ ١٠ من اللائحة على أن للقاضي عزل الأولياء والأوصياء والنظَّار حال عجزهم أو فقدهم الأهلية المعتبرة شرعاً. ا. هـ، فحددت أسباب العزل بأمرين:

الأول: عجزه عن القيام بالمهمة لوجود ظرف قاهر منعه من ذلك خارج عن إرادته، كفوات القدرة البدنية التي تعينه على أداء مهمته بنجاح أو حدوث مانع ما يحول دون أداء مهمته كما يجب.

الثاني: فقد الأهلية المعتبرة شرعاً فلأن الحارس يعتبر أحد أمناء القاضي فإنه يقوم مقامه في الحراسة، وبالتالي يراعى في تعيينه ما يراعى في القاضي من العدالة والخبرة والأمانة(٥٦).

خاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وعلى نبينا محمد أتم التسليم وأفضل الصلوات، وبعد، ففي ختام هذا البحث الذي هو جهد مقل أرجو من الله تعالى أن أكون قد أضفت جديداً في هذا الموضوع.

فالحراسة القضائية من الإجراءات التي تحتاج إلى جرأة في القرار، وقوة في الصدور، وهي مصدر أمان يعزز العمل القضائي بوجه عام، ويسير به نحو المقصد المنشود، وهو إقامة

(٥٦) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٥/ ١٣٢، غمز عيون البصائر بشرح الأشباه والنظائر للحموي ٢/ ٣٦٠.

العدل بين الناس ورفع الظلامة بينهم، ومع ذلك فهي -أي الحراسة- جهد مضاعف من القاضي وعمل ليس بالسهل، وهي تحتاج إلى ميزان عقلي ونظامي وعلمي، تجتمع في وقت قصير، حتى يتحقق التوازن عند اتخاذ قرار الحراسة، ومن هنا تأتي الصعوبة في ذلك، لذا حاولت في هذا البحث لم شتات هذا الموضوع، وتقريب الوصول إليه عند حاجته، ومع ذلك، فالكمال لله تعالى وحده وهناك أمور كثيرة في الحراسة تركت التطرق لها، إما لضيق الوقت أو لأنها معروفة لدى من له أدنى اتصال بهذا الشأن.

ولما كان هناك خلاف يكاد لا يذكر في مشروعية الحراسة القضائية بين طلبة العلم المعاصرين، فقلة منهم يرى عدم الجواز، صدّرت بحثي هذا ببيان مشروعيته - بعد تعريفه وبيان حده- وأن الحارس من قبيل أمناء القاضي، وزيادة في الدلالة على مشروعيته تم قياسه على ولي اليتيم وناظر الوقف، ثم أعقبت ذلك بتوضيح سير إجراءات رفع طلب الحراسة حتى صدور الحكم باعتماده وإجراءات رفعه للتمييز حسب ما هو مبين في أعطاف هذا البحث والله الموفق، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.